

duncan kennedy

# la enseñanza del derecho

como forma de acción política

Traducción: Teresa Arijón

Revisión técnica y notas: Guillermo Moro

## El autor

*Duncan Kennedy es reconocido como el miembro más destacado e influyente de los Critical Legal Studies [Estudios Críticos del Derecho], la corriente estadounidense de la teoría crítica del derecho. Estudió en la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale y desde 1971 es profesor de derecho en la Universidad de Harvard. Sus escritos sobre teoría crítica, jurisprudencia y derecho privado se encuentran entre los más leídos y citados en el ámbito académico anglosajón. Entre sus libros más importantes, cabe mencionar Legal Education and the Reproduction of Hierarchy (1983), Sexy Dressing Etc., Essays on the Power and Politics of Cultural Identity (1993), A Critique of Adjudication (Fin de siècle) (1997), The Rise and Fall of Classical Legal Thought (2006), y Legal Reasoning, Collected Essays (2008).*

 **siglo veintiuno**  
editores

Kennedy, Duncan

La enseñanza del derecho como forma de acción política.- 1ª ed.-  
Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.  
112 p.; 20x13 cm. - (Mínima)

Traducido por: Teresa Beatriz Arijón

ISBN 978-987-629-208-5

1. Derecho. 2. Enseñanza. I. Arijón, Teresa Beatriz, trad. II. Título  
CDD 340.7

© Duncan Kennedy

© 2012, Siglo Veintiuno Editores S.A.

Diseño de cubierta: Juan Pablo Cambariere

ISBN 978-987-629-208-5

Impreso en Impresiones Martínez // Dardo Rocha 1860, Ciudadela,  
en el mes de abril de 2012

Hecho el depósito que marca la Ley 11.723  
Impreso en Argentina // Made in Argentina

## Índice

<b>Presentación. Volver a Duncan Kennedy</b> por Roberto Gargarella	<b>9</b>
<b>1. La importancia política de la estructura del plan de estudios de la facultad de derecho</b>	<b>13</b>
<b>2. La enseñanza del derecho en el primer año como acción política</b>	<b>43</b>
<b>3. Politizar el aula</b>	<b>61</b>
<b>4. Enseñar desde la izquierda en mi anecdotario</b>	<b>75</b>
<b>5. Una conversación con Duncan Kennedy</b> por Gerard J. Clark	<b>87</b>
<b>Referencias bibliográficas</b>	<b>107</b>
<b>Nota sobre los textos</b>	<b>109</b>

a través de los contenidos como de las formas de la enseñanza —verticalistas, cínicas, competitivas, individualistas—, las escuelas de derecho formaban (y sobre todo reformaban) a camadas de estudiantes. Y Kennedy fue, también, pionero en ofrecer alternativas, igualitarias y radicales, contra la reproducción de la jerarquía. Sus objeciones permanecen, hasta hoy, como puntos de cita y referencia ineludible para quienes quieren pensar críticamente sobre la enseñanza legal. Sus textos, como se podrá ver, conservan la frescura y el carácter provocativo que los hicieron conocidos. Ojalá sigan sirviendo, también, para los fines que los hicieron conocidos.

## **1. La importancia política de la estructura del plan de estudios de la facultad de derecho**

Antes que un estudio formal,<sup>1</sup> este es un intento de teorizar la vida cotidiana de los profesores y los estudiantes de derecho. También es un ejemplo de la clase de trabajo que vengo intentando hacer desde hace ya varios años. La idea es volver explícito el contenido político de la vida cotidiana en el derecho: es decir, los significados políticos implícitos o inconscientes programados en lo “personal” y lo “profesional”. Esto implica construir con palabras una imagen que refleje cómo son las cosas y que pueda evocarlas vívidamente. Pero esa imagen es, también, una interpretación. Selecciona algunas cosas, rechaza otras, y relaciona las primeras con otros aspectos externos.

En este artículo intentaré relacionar el plan de estudios de una típica facultad de derecho con acontecimientos pasados de la educación jurídica. Creo estar en condiciones de escribir una nota a pie de

<sup>1</sup> Presenté una versión anterior de este artículo en un seminario académico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Victoria, Victoria, Columbia Británica, en febrero de 1980, donde asistí como profesor visitante. He optado por conservar aquí los ejemplos que pensé para los oyentes canadienses. Agradezco los comentarios que aportaron amigos y conocidos en esa ocasión.

página que respalde cada una de mis afirmaciones fácticas e históricas, pero no estoy para nada seguro de ello, ni hice el intento. Traté de poner en relación el presente con el pasado, no llevando a cabo una investigación destinada a responder la pregunta por los orígenes, sino reformulando, según un nuevo patrón, gran parte de nuestro saber compartido (que en alguna medida es falso) acerca de cómo fueron y cómo son las cosas.

En este artículo también pretendo analizar la política implícita en la experiencia cotidiana, relacionando las ideas y las prácticas de la facultad de derecho con las categorías comunes y corrientes de la vida pública. He utilizado términos como "centroizquierda" y "centroderecha", "liberal" y "conservador", para referirme, por ejemplo, a la enseñanza clínica del derecho y el derecho de los contratos. Esto puede parecer extraño. Por lo general, ni siquiera se nos ocurre analizar cuestiones tales como la práctica curricular en términos políticos. En estos casos preferimos conceptos apolíticos, neutrales y profesionales, como "eficiencia educativa", que en última instancia pueden parecer más útiles. Pero yo parto de la intuición de que a menudo aceptamos la presencia del contenido político pero no hablamos de eso porque es embarazoso, o porque podría provocar algún conflicto, o porque no podríamos ser "rigurosos" al respecto. Sin embargo, a veces es útil traer estas cosas a la superficie en lugar de enterrarlas.

No obstante, otro aspecto constitutivo de este enfoque es que intenta emplear, en ámbitos concretos y familiares, los conceptos exóticos de estructura y contradicción, ambos derivados de "teorías extravagantes" provenientes de Europa Occidental (como el estructuralismo, la fenomenología, el neomarxismo, la hermenéutica y otras similares). Esto resulta pro-

blemático porque los conceptos que emplean esos emprendimientos europeos usualmente forman parte de una "danza de las grandes palabras", mistificadora y de alto vuelo, pensada para consagrar el prestigio del coreógrafo antes que para comunicarse con el público. Sin embargo, estoy convencido de que un poco de "teoría extravagante" es esencial para comprender incluso los detalles más mundanos de mi propia vida; por lo tanto, me gustaría incorporarla a mi trabajo y no excluyo la posibilidad de que quienes realizamos esta clase de microestudios podamos hacer una contribución valiosa a los proyectos teóricos de mayor envergadura.

Esas preocupaciones hacen que este artículo sea representativo de una de las vertientes del movimiento intelectual llamado *Critical Legal Studies* [Estudios Críticos del Derecho]. Desde mediados de la década de 1970, un grupo pequeño pero siempre creciente de profesores, estudiantes, practicantes y científicos sociales del derecho comenzó a escribir acerca del sistema legal estadounidense desde una perspectiva comprometida con la izquierda, utilizando metodologías otrora más características de los críticos literarios y los filósofos sociales europeos que de los académicos del derecho. Gran parte del trabajo crítico acerca del derecho ha sido de orden histórico: rastrear cómo las elites utilizaron conscientemente la ley en provecho propio y, al mismo tiempo, ver cómo el pensamiento jurídico menos consciente opera como una visión del mundo que reconcilia a la gente con el statu quo haciéndolo parecer natural y justo, y sobre todo poderoso. También hay muchos trabajos sobre la doctrina vigente que muestran el carácter internamente contradictorio de nuestro derecho (por ejemplo, los derechos civiles, el derecho del trabajo, los contratos,

la responsabilidad civil) y enseñan cómo una doctrina internamente contradictoria puede volver pasiva a la gente ofreciéndole justicia y, al mismo tiempo, negándosela.

Específicamente, este artículo trata de la importancia política de la estructura del currículum de la facultad de derecho. Mi tesis es extremadamente simple: el componente doctrinal de derecho privado del plan de estudios es políticamente de centroderecha. Y existe un desequilibrio manifiesto con la parte de centroizquierda. La parte de centroizquierda carece del carácter monolítico del elemento doctrinal del derecho privado. Es una colección de elementos curriculares dispares, que incluyen el derecho público (como opuesto al derecho privado), el derecho procesal, la enseñanza clínica del derecho, los estudios interdisciplinarios y la orientación de las políticas. A continuación incluyo un diagrama de estos elementos:



Ubicada en un recuadro, la doctrina está en el centro, como una cosa muy real y concreta. A su alrededor están las políticas, el proceso jurídico, los estudios interdisciplinarios, la enseñanza clínica del derecho y el derecho público. Distribuí los elementos de esta manera, en lugar de disponerlos de centroizquierda a centroderecha, porque una de las características

básicas de la política de la educación jurídica es la prioridad o primacía de la doctrina. La doctrina llegó primero. Lo demás vino después. Hubo profesores de derecho orientados hacia la doctrina antes de que hubiera profesores orientados hacia el derecho público, la enseñanza clínica del derecho, los estudios interdisciplinarios, el proceso jurídico o las políticas. Quienes se identifican como doctrinarios, en oposición a cualquiera de las otras opciones, usualmente también se consideran tradicionales antes que innovadores. Pero esto no quiere decir que haya dos posiciones igualmente equilibradas y simétricas. Centroizquierda *versus* centroderecha también representa el cambio *versus* la continuidad.

Ahora justificaré mi modelo crudo con una descripción del contenido político de los componentes no doctrinarios del plan de estudios. Dejaré la doctrina para el final, aunque sea la primera en el tiempo y la primera en las mentes de todos. No pretendo insinuar que los elementos no doctrinarios representen el radicalismo, o la izquierda a rajatabla, entendida como lo opuesto a la doctrina, a su vez entendida como reaccionaria. No veo esa clase de oposición. Veo más matices: veo una diferencia dentro del centro antes que una polaridad de extremos políticos. Ofreceré una descripción bifurcada de cada componente, para sugerir su centrismo y su izquierdismo. En este contexto, es probable que yo represente el extremo político dado que me considero socialista y, como tal, no me sitúo en ningún lugar del diagrama: nosotros los extremistas no creemos en él.

Voy a generalizar a partir de mi experiencia como alumno de una facultad de derecho profundamente comprometida con algunos de estos elementos curriculares de centroizquierda, y también a partir de mi



experiencia como docente en una facultad de derecho comprometida con otros de esos elementos. Yo estudié en la Facultad de Derecho de Yale, que por entonces —a fines de la década de 1960— estaba completamente dominada por los componentes de las políticas, los estudios interdisciplinarios y el derecho público. La enseñanza clínica del derecho comenzaba a imponerse cuando me fui de Yale y, si bien la Facultad de Derecho de Harvard, donde actualmente doy clases, está muy influida por el movimiento clínico y por el abordaje del proceso jurídico, tiene un cuerpo docente que se identifica con la doctrina del derecho privado mucho más significativamente que el de Yale.

En principio, el derecho público tiene una orientación de centroizquierda. Está integrado por el derecho constitucional, el tributario, el penal, las distintas disciplinas regulatorias y el derecho administrativo. Ahora bien, el derecho regulatorio y el administrativo cobraron existencia a raíz de la creación del Estado regulador de bienestar. Hasta ese momento, que involucró la aparición de programas de asistencia pública y múltiples y diferentes modos de intervención en la vida económica, no existía ningún cuerpo significativo de leyes administrativas en ninguno de los países angloparlantes. Ese cuerpo de leyes está inseparablemente ligado a las propuestas de izquierda, o de centroizquierda, durante los siglos XIX y XX, o de derecha de Disraeli para reformar el Estado de *laissez faire*.

Si consideramos el derecho administrativo, el laboral, el antimonopolio, el de la utilidad pública y el tributario en su conjunto, veremos que esos cuerpos de leyes encarnan sin ambages la meta de modificar el statu quo a través de programas legislativos. No puede decirse lo mismo del derecho constitucional. Pero si consideramos la historia de esa disciplina, ve-

remos que cobró existencia, *in academia*, como parte de la crítica derechista que pretendía invalidar la legislación social de izquierda, y que hoy es sostenida en virtud de un sentimiento de nostalgia por la Corte Warren.\*

Por supuesto que esta manera de describirlo pone demasiado énfasis en la izquierda y quizás muy poco en el carácter centrista de la teoría y del enfoque del derecho público. Esa podría ser una buena descripción de lo que ocurría en los Estados Unidos en la década de 1930. No hubo ningún curso sobre impuestos en las facultades de derecho estadounidenses hasta después de la Primera Guerra Mundial. Tampoco había cursos sobre derecho laboral, antimonopolio o administrativo. Esos cursos pasaron a integrar el plan de estudios, aproximadamente entre 1930 y 1950, gracias a la intervención abierta y explícita de jóvenes profesores liberales que los consideraban una parte fundamental del plan, por la sencilla razón de que encarnaban la nueva tendencia de legislación social.

Pero ahora todo ha cambiado. Ahora, muchas de las personas que dictan esos cursos, que son responsables por la vitalidad del derecho público en el plan de estudios, consideran que los programas reguladores y redistributivos del Estado de bienestar han ido demasiado lejos. Los aceptan, pero quieren ponerles límites. Ese es el elemento centrista, que entendemos

\* En los Estados Unidos, suele hacerse referencia a los distintos periodos de la Corte Suprema de Justicia a partir del apellido de quien la preside. Entre 1953 y 1969, Earl Warren ejerció la presidencia de la Corte. En ese lapso se tomaron algunas de las decisiones más conocidas de la historia norteamericana en materia de derechos civiles, de ahí que se convirtiera en una referencia positiva para los abogados y activistas con una agenda liberal progresista.

que se opone al elemento de izquierda del programa. Por ejemplo, muy pocos profesores de derecho laboral en los Estados Unidos creen que la National Labor Relations Act [Ley Nacional de Relaciones Laborales] deba ser revocada. De hecho, no creo que ninguno piense que deba serlo. Jamás leeremos un artículo de un abogado laboralista que propicie un regreso a la legislación laboral estadounidense de 1929, anterior a la Gran Depresión. Por otro lado, muchos profesores de derecho laboral consideran que la interpretación expansiva de esa ley hasta, digamos, 1955, marca el límite aceptable, y que todo lo que ocurrió desde entonces ha ido demasiado lejos. Ellos abogan por un retroceso hasta ese margen y con toda seguridad se oponen a cualquier expansión futura.

Lo mismo puede decirse del derecho antimonopolio o de regulación de la competencia. No encontraremos profesores de derecho antimonopolio que postulen revocar la Ley Sherman,\* aunque muchos creen que la interpretación de esa ley debería limitarse en vez de expandirse. Eso es lo que yo llamaría una posición centrista, opuesta a la posición conservadora que argumentaría que debemos revocar esa ley y volver a un sistema de mercado desregulado.

De modo que el derecho público es a la vez de centro y de izquierda: posee una connotación política distintiva. Existe una asociación entre proponer esta clase de orientación para la educación jurídica y una clase particular de visión política. Lo mismo vale para la idea de los estudios interdisciplinarios.

\* Primera ley antimonopolio de los Estados Unidos, sancionada en 1890.

El enfoque interdisciplinario está asociado con dos clases de crítica. Una de las primeras actividades cruciales en la historia de este enfoque fue demostrar que la práctica del derecho era diferente de la teoría. La idea consistía en realizar un estudio, empleando técnicas de la ciencia social, para mostrar que el cuadro del mundo social y económico que presentaba la doctrina —por ejemplo, la libertad de contratación— era muy diferente de como funcionaban las cosas en la vida real, donde la gente pobre no gozaba de tal libertad y debía conformarse con lo que podía conseguir. Una vez más, los orígenes históricos del derecho-y-x\* son impecablemente de izquierda. Por lo menos hasta antes de la Primera Guerra Mundial, no había en los Estados Unidos estudios interdisciplinarios de derecho-y-x que no estuvieran motivados por un espíritu populista, progresista o de reforma legislativa.

Más aún, durante todo el período de desarrollo del derecho-y-x, los reformistas liberales producían constantemente nuevo material derecho-y-x para justificar la implementación del programa de derecho público antes descrito. El derecho en la práctica *versus* el derecho en la teoría era una cosa; otra muy distinta era la viabilidad o la implementación de esa clase de estudios. Derecho-y-x implicaba que, una vez que se hubiera demostrado que el mundo real no se condecía con el cuadro que presentaba la doctrina, habría

\* Kennedy se vale de esta expresión para hacer referencia a las distintas escuelas de pensamiento que asumieron la insuficiencia del estudio del derecho por sí mismo y la necesidad de vincularlo con otros espacios sociales y de saber, tanto en el plano metodológico como en el sustantivo. Cada una de estas escuelas plantea una determinada conjunción entre el derecho y otra disciplina o espacio social.

que realizar un estudio para mostrar qué programa de reforma legislativa convenía instituir. Se apelaba a la ciencia social para justificar el programa de reformas del derecho público.

Ahora bien, una vez más, lo que en un principio fue izquierda hoy es centro. El movimiento interdisciplinario alcanzó una suerte de equilibrio ideológico desde hace ya mucho tiempo, por lo que ahora contiene una versión conservadora del derecho & economía\* más fuerte que el derecho & economía liberales. Por ejemplo, existe un derecho conservador y una sociología conservadora para la criminología y la condena. La vieja teoría de la disuasión ha regresado en forma de derecho y ciencia social. Si alguna vez derecho-y-x fue inconfundiblemente un fenómeno situado a la izquierda del centro, hoy suele ser un fenómeno situado a la derecha. Más aún, muchos académicos interdisciplinarios de la generación post 1945 se han desplazado gradualmente de la izquierda al centro, y no ha surgido ninguna nueva generación de izquierda que ocupe su lugar. El equilibrio se ha perdido. Pero todavía tiene su pedigrí. Todavía tiene un origen histórico.

Con la excepción de la Universidad de Chicago, las facultades de derecho que ponen énfasis en las cuestiones interdisciplinarias tienden a ser liberales en su orientación política.

La orientación del proceso jurídico enfatiza los distintos roles y la interacción de diferentes clases de

\* La expresión refiere a la escuela de pensamiento conocida como *Law and Economics*, versión estadounidense de la propuesta de analizar los materiales jurídicos con la metodología de la ciencia económica, priorizando el enfoque sobre sus efectos en términos de eficiencia en la asignación y distribución de recursos.

instituciones jurídicas, así como también la conducta real (como opuesta a las prescripciones formales) de los funcionarios y los individuos dentro de una institución dada. Esta es una definición grosso modo. La mejor formulación que conocemos es el *Legal Process Materials*, de Hart y Sacks, publicado en 1994. Hart ya estaba trabajando en el tema a fines de los años treinta, al igual que Willard Hurst, quien reunió un conjunto similar de materiales con sus colegas de Wisconsin (Auerbach y otros, 1961).

El motivo inicial de la orientación del proceso jurídico era mostrar que los tribunales, las legislaturas, las agencias administrativas y los funcionarios ejecutivos debían desempeñar, junto con los individuos privados, roles apropiados en un plan global destinado a organizar las políticas estatales para maximizar el bienestar social. Ese es el origen histórico del enfoque. Fue una manera de contrarrestar la idea de que los tribunales eran completamente distintos de las legislaturas y las agencias administrativas, la idea de que las agencias administrativas básicamente no eran buenas y de que los jueces debían precaverse contra la reforma legislativa del New Deal y sabotearla porque era incompatible con el Estado de Derecho.

De modo que la orientación del proceso jurídico estuvo inicialmente destinada a mostrar que hay un rol para cada institución jurídica en un plan global abarcador destinado a maximizar el bienestar a través de la reforma, y que los tribunales deben cooperar con ese programa en lugar de obstruirlo. Esta idea fue, alguna vez, realmente de izquierda. Pero se ha transformado en una idea de centro desde hace tiempo. Hoy es mucho más probable que, en los Estados Unidos, el enfoque del proceso jurídico sea invocado para justificar que un tribunal no actúe con una orientación de



izquierda, fundamentándose en que hacerlo sería ignorar los límites propios del rol judicial. El argumento sería que, si consideramos el proceso jurídico en su totalidad, veremos que ese accionar de izquierda debe ser realizado por alguna institución no judicial, si es que efectivamente debe ser realizado. La división de los poderes ha renacido dentro de la orientación del proceso jurídico en los Estados Unidos.

La enseñanza clínica del derecho es más fácil porque es más reciente. Tiene su origen político específico a fines de los años sesenta, cuando se suponía que promovía dos experiencias explícitamente situadas a la izquierda del centro. Una era la experiencia directa, por parte de los estudiantes de clase media, de la vida real de los pobres. La organización de la enseñanza clínica del derecho en torno a la prestación de servicios jurídicos a clientes de bajos recursos tenía el propósito de producir —y de hecho produjo— una muy impactante discontinuidad política en las vidas de los estudiantes de clase media. La otra experiencia era que los programas estaban destinados a exponer —y de hecho expusieron— a esos estudiantes a ciertos aspectos de la estructura de su profesión, y de la hipocresía de la abogacía, que de otro modo no habrían vivenciado, o al menos no en la facultad de derecho.

La idea era sacar a los estudiantes del contexto idealizado de la facultad de derecho, donde no tenían posibilidad alguna de entender cómo son en realidad las cosas, y exponerlos a la vida en estado crudo. Supuestamente eso les haría ver que corrían peligro de ser absorbidos por una estructura conservadora y profundamente inmoral de prestación de servicios jurídicos, predispuesta a favor de los ricos y en contra de los pobres, y disimulada con una ética falsa.

Hoy en día, ese aspecto del programa clínico está comenzando a disiparse. En los últimos diez o doce años ha surgido una versión centrista de la enseñanza clínica del derecho, purgada de casi todos esos aspectos. A medida que se reduce a ejercicios de capacitación y quita énfasis a la clínica de derecho en favor de la simulación, avanza hacia un cuadro políticamente más moderado, calmo y centrista de lo que puede y debería. Ya no responde a las implicaciones políticas iniciales. De modo que también tiene un aspecto centrozquierdista.

Por último, está lo que yo llamo la orientación de las políticas. Es diferente de todas las otras áreas, porque no opera como una alternativa al plan de estudios doctrinario del derecho privado sino como una alternativa *dentro* de las áreas doctrinarias. Presenta dos diferencias con la orientación doctrinaria directa. En primer lugar, se pregunta, constante y críticamente, por los propósitos de las reglas: ¿para qué sirven estas reglas? Usualmente lo pregunta desde una perspectiva general utilitarista o de bienestar social: ¿a qué propósito social contribuye esta regla?

Una vez más, los orígenes del enfoque político no fueron neutrales bajo ningún concepto. El enfoque político fue inventado por individuos que, al considerar las reglas del Estado de *laissez faire*, la última estructura reguladora del siglo XIX, dijeron: "Estas reglas son aceptadas como justas, inevitables, necesarias y buenas, cuando de hecho no poseen ninguno de estos atributos". Si empezamos a cuestionar por qué existen y para qué sirven las reglas, pronto llegaremos a la conclusión de que muchas de ellas no son ni remotamente tan buenas como parecen.

El otro aspecto del enfoque político es la desintegración. Toda regla se analiza en términos del con-

junto de factores que podrían transformarla en una buena o en una mala regla. Esto es contrario a la integración doctrinaria y favorable al lema "a cada uno lo suyo": el cálculo localizado de las políticas que pone sobre el tapete todos los aspectos que podrían ser relevantes. Esa era también, originalmente, una idea de izquierda. Esa idea afirmaba que, en lugar de una única estructura monolítica de reglas jurídicas que fuera necesaria, lógica y justa, había miles de opciones particulares y diferenciadas para las políticas. Se creía que las agencias administrativas y las legislaturas debían ocuparse de los problemas sociales cuando surgían, y que además debían ocuparse paradigmáticamente de cada uno, sin tomar en cuenta principios ideológicos generales como la "no intervención gubernamental".

Pero no era socialismo lo que había detrás de esas políticas. Era centroizquierdismo moderado, reformismo ad hoc, y tanto su utilitarismo como su cualidad desintegrada ad hoc estaban vinculados con ese programa político. Pero hoy ha perdido incluso esa orientación política. Ahora hay criterios de análisis de todo tipo, y es cada vez más claro que una persona capacitada en el tema puede generar una base sumamente convincente de políticas para cualquier regla. No existe regla alguna que no pueda ser legitimada haciendo referencia a algún conjunto de políticas sociales.

Si ustedes son buenos para esta clase de análisis, realmente podrán sentir su cualidad ambivalente, cambiante, capaz de orientarse en cualquier dirección. Las políticas pueden usarse para mostrar que cada regla es necesaria, que es como es por alguna buena razón, o bien pueden usarse para mostrar que una parte del sistema o su totalidad deberían ser descartadas. Ya no tenemos la sensación de que el análisis

de las políticas está estrictamente delimitado, y por eso es accesible a todos en lugar de quedar circunscrito en algún sentido significativo.

Ahora bien, esto no es más que un conjunto de postulados acerca del carácter político del derecho público, los estudios interdisciplinarios, el proceso jurídico, la enseñanza clínica del derecho y la orientación de las políticas. ¿Pero qué podemos decir acerca del carácter político de la doctrina? La razón por la que identifico la doctrina como centroderechista es esta: entre los profesores de derecho parece predominar la idea de que la doctrina consiste, en esencia, en contratos, propiedad y responsabilidad civil, y que enseñar la doctrina es mostrar que los contratos, la propiedad y la responsabilidad civil tienen una profunda coherencia lógica en tanto temas de *common law*,<sup>\*</sup> que son sumamente racionales. Ahora bien, recordemos que las reglas que afectan los contratos, la propiedad y la responsabilidad civil no incluyen el derecho administrativo, el municipal, el de bienestar, el de medioambiente, el laboral, el antimonopolio, el regulatorio. Todas estas áreas se han visto centrifugadas —protección al consumidor, legislación del sistema de salud— hacia el derecho público.

Lo que queda de la doctrina, lo que consideramos como doctrina, es el *common law* tal como existía en 1890. ¿Qué es la doctrina? La doctrina consiste en no-

\* La expresión *common law* o "derecho común" refiere a un sistema jurídico que se basa en el seguimiento de precedentes, es decir, reglas jurídicas establecidas a través de decisiones judiciales previas respecto a cada tipo de casos. Si bien existen distintos sistemas de derecho común, la expresión suele asociarse a su sitio de origen, los países anglosajones.

ciones como: "La institución de la propiedad privada es un reflejo necesario de nuestros derechos". Si tenemos un sistema de propiedad privada, tendremos que tener algunas reglas sobre ciertos aspectos de la propiedad privada. Son reglas acerca de qué es la intrusión, acerca de cómo vender las cosas. Hay reglas de libre contratación; hay reglas de responsabilidad civil que dicen que las personas no deben pagar si no han actuado con culpa y que enfatizan las defensas dentro de la responsabilidad civil.

Ese cuerpo de reglas no es, de hecho, doctrina en un sentido abstracto. Es lo que queda, en sus últimos estertores, del cuerpo específico de doctrinas que definieron el capitalismo *laissez faire* del siglo XIX. De modo que la doctrina tiene una connotación política en el sentido más simple posible. Las doctrinas de las que hablamos cuando hablamos de doctrina son básicamente las de libre contratación, inviolabilidad de la propiedad privada, limitación de la responsabilidad civil y existencia de numerosas excusas para los casos de responsabilidad civil. Por lo tanto, no es sorprendente que se la entienda como centroderechista, en oposición a centroizquierdista. El proceso de crecimiento del derecho público, de los estudios interdisciplinarios, del proceso jurídico, de la enseñanza clínica del derecho y de las cuestiones relacionadas con las políticas confirma el carácter conservador de la doctrina. Se los mantiene separados, en parte, porque se los considera políticamente incompatibles con ella.

Por supuesto que la doctrina alguna vez lo fue todo. Lo que ocurre es que ha pasado de serlo todo a ser un pequeño recuadro en el centro de mi diagrama. Podemos considerarlo como la suma de una periferia al núcleo doctrinal, o como un despliegue de elementos del núcleo para conformar la periferia. Pero es muy

importante subrayar que creer en una doctrina coherente y racional equivale a creer que las instituciones básicas del capitalismo son racionales y coherentes. Aseverar que la propiedad privada, los contratos y la responsabilidad civil son racionales es aseverar que el capitalismo es racional, que entendemos como racional un sistema basado estrictamente en la propiedad privada, el libre intercambio y la estricta limitación de toda clase de deberes colectivos o comunitarios de las personas entre sí.

Siempre y cuando no proclame englobarlo todo, la doctrina no es sinónimo de extrema derecha. Los que enseñan la doctrina usualmente comienzan por decir: "Bueno, concuerdo totalmente con que el contrato laboral no forma parte de los contratos, y concuerdo totalmente con que la relación locador/locatario no forma parte de los contratos". Hay una aceptación consciente de que el núcleo doctrinario no es un mapa para regresar a 1850. No hay una propuesta de volver el tiempo atrás implícita en la enseñanza de la doctrina. No es más que la afirmación de que, en esencia, tenemos un sistema capitalista. Y ese sistema se ve modificado y suavizado por todo lo que existe en su periferia.

Mi argumento básico es que este conflicto político, el conflicto entre la doctrina entendida como centroderecha y la periferia entendida como centroizquierda, es en última instancia irreal, y que su resultado está distorsionado por la manera en que tendemos a construir esa oposición. Nosotros construimos esta oposición entre el núcleo doctrinal y la periferia. No lo hacemos como centroizquierda *versus* centroderecha; lo hacemos como núcleo *versus* periferia. La elección de esta manera de hacerlo lleva implícita una estructura de sentimientos en relación con los dos dominios opuestos.

Caracterizaré del siguiente modo la estructura de los sentimientos. El núcleo es duro, la periferia es blanda. El núcleo es jurídico, la periferia es política. El núcleo es razón, la periferia es emoción. El núcleo está basado en la lógica limpia y antiemocional de la doctrina, mientras que los enfoques de la enseñanza clínica del derecho, de los estudios interdisciplinarios, del proceso jurídico, de las políticas y del derecho público están basados en la pasión altruista. Lógica *versus* subjetividad. El núcleo es la realidad, es la manera como son las cosas. La periferia es el ideal, es la manera como nos gustaría que fueran las cosas. Hay un sentido en afirmar que el núcleo es nuestro ser real y la periferia es nuestro ser imaginario, nuestro ser ético imaginario. El núcleo es el derecho.

Existen muchas otras caracterizaciones. El núcleo es frío, la periferia es cálida. El núcleo es individualista, la periferia es colectiva o comunitaria. El núcleo se fundamenta en la idea de que "esto es mío y si no quiero darle nada, no le daré nada. Usted puede morir de hambre en la nieve y yo no moveré un dedo, porque según el derecho de la responsabilidad civil en el *Commonwealth* no tengo el deber de actuar, por lo menos en ausencia de una relación especial. Y eso significa que puedo dejarlo morir". Tal vez esta perspectiva haya sido atemperada por el derecho; pero si lo fue, el cambio se efectuó a través del proceso legislativo y lo que alguna vez fue parte del núcleo doctrinario pertenece ahora a la periferia. Se ha convertido en un aspecto del derecho público.

Significativamente, el núcleo de la doctrina es unitario. Existe una profunda coherencia entre los contratos, la propiedad y la responsabilidad civil, mientras que la periferia, como su nombre lo sugiere, es internamente dispersa, desintegrada y caótica. Incluso es

cierto que cada elemento de la periferia es internamente disperso, desintegrado y caótico. ¿Hay unidad en el derecho público? No la hay. Le pregunté a un amigo: "¿Qué es el derecho público?". Y me dijo: "Si una de las partes es el Estado, es derecho público". ¡Vaya definición! Una definición puramente formal. ¿Qué es el derecho privado? El derecho privado es la propiedad, los contratos y la responsabilidad civil. Es el capitalismo. Es unitario. ¿Qué son las políticas? Las políticas son aquello que es relevante para cualquier decisión que estemos por tomar. "A cada uno lo suyo." Por lo tanto, también son fundamentalmente desintegradas.

Por último, la doctrina es el dominio de lo inevitable. Cuando estamos dentro de la lógica de los contratos o de la lógica del sistema de negligencia, estamos en un dominio en el que hay premisas y principios. Hay un proceso de razonamiento que es *jurídico*. Hay un resultado, y ese resultado es jurídicamente correcto, independientemente de que sea correcto o errado desde una perspectiva ética. Desde este punto de vista, la ley se transforma en una máquina de inevitabilidad. Ser bueno ante la ley es ser bueno manejando la máquina. Cuando usted está estudiando, constantemente comete errores y es corregido por alguien que maneja la máquina mejor que usted. Eso es perfectamente natural dentro del dominio de lo inevitable.

La periferia, por supuesto, es el dominio de la elección, del pluralismo. Cualquiera puede creer lo que desee creer. Sería totalitario y dictatorial intentar enseñarle a la gente cómo deberían ser nuestros programas de derecho público, o qué políticas son mejores. La periferia es el área de la textura abierta, de la libertad entendida como lo opuesto a la necesidad. Dado que es "inerentemente subjetivo", *no puede ser necesario*.

Ahora bien, si construimos la oposición de esa manera, es obvio quién ganará en todos los niveles. Cuando las políticas de la educación jurídica se construyen de esta manera, la centroderecha derrota a la centroizquierda en todas las ocasiones. Quizás eso sea bueno. Como estoy fuera de la pelea, no tomo partido por la centroderecha o la centroizquierda. Pero me gustaría señalar que el juego se estanca cuando lo construimos de esta manera. Si lo construimos así, a la centroizquierda le será imposible mantener su ventaja inicial, basada en su correspondencia con numerosas actitudes de sentido común, desde el primer año de estudio hasta el segundo o el tercero. Es una consecuencia natural y prácticamente inevitable que los estudiantes vayan desde la periferia hacia el centro.

Una segunda clase de consecuencia es que la posición de centroizquierda, por ser dispersa, desintegrada y desorganizada, por carecer de tema y negar su propio carácter político, no cuenta con más armas que una vaga crítica al núcleo. El núcleo tiene algo muy específico y burocráticamente apropiado para decirle a la periferia, y es: "¿Qué diablos están haciendo? Quiero decir, estamos en una facultad de derecho. Estamos tratando de capacitar a la gente para que haga cosas. Nosotros tenemos varias metas sociales concretas que alcanzar. Y ustedes andan papando moscas en la periferia".

La periferia le responde al núcleo: "Pero la doctrina es irrelevante". Y llega la respuesta: "¿Qué quieren decir con eso de que la doctrina es irrelevante? Los abogados viven de la doctrina. No viven del derecho público. Viven de la doctrina". La actitud hacia la enseñanza clínica del derecho es similar: "Está bien si se orienta a la capacitación, pero lo último que estamos dispuestos a hacer es entrenar a la gente para que crea

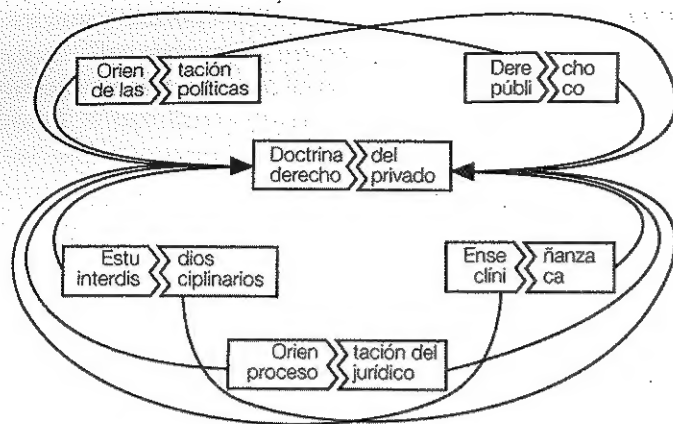
que el sistema social es injusto con los pobres y que los abogados son hipócritas. Ese no es nuestro rol".

No existe un ataque equivalente contra el núcleo doctrinario. Parece ser tibiamente conservador. Parece estar asociado con personas tibiamente conservadoras. Pero esto es sumamente inequitativo porque la periferia parece no neutral, política, loca, ineficaz e infundada. No sale bien parada en la comparación con el núcleo. La gota que rebalsa el vaso es que, dada la manera en que todos concordamos en construir la situación, los propios defensores de la periferia están plagados de cavilaciones e inseguridades. Casi todos los que enseñan en la periferia creen que la doctrina es terriblemente importante, pero las personas que están profundamente inmersas en la doctrina con frecuencia piensan que la periferia no tiene importancia. Sólo la centroizquierda siente la profunda ambivalencia de su propio rol.

Esa ambivalencia está relacionada con las características de la doctrina tal como la construimos. La doctrina es rigurosa. La doctrina es analíticamente clara. La doctrina es cuidadosa. La doctrina requiere percepción aguda, control de las propias emociones, una enorme profundidad intelectual y eficiencia. La periferia requiere un corazón apasionado, un poco de inconsciencia para poder correr riesgos y amabilidad general. Seamos francos: las mismas personas que la practican la asocian con cierta tozudez e incompetencia intelectual generalizada. Y las personas que practican la doctrina piensan exactamente lo mismo.

Yo quiero argumentar que todo esto es un error, que es una construcción errada del universo del derecho. No se parece a mi primer diagrama sino a algo como esto:





Los dos aspectos importantes de este segundo diagrama son las contradicciones internas de la doctrina y la fusión total de la periferia con el núcleo. La idea es que mi diagrama inicial tiene dos fallas. La primera es que la doctrina no es, de hecho, unitaria, coherente o racional. La doctrina no posee las cualidades que se le adscriben. Segundo, la periferia no es desintegrada, de textura abierta, radicalmente menos necesaria y más pluralista que el núcleo; por cierto, la distinción entre el núcleo y la periferia es una ilusión.

Comenzaré por el postulado de que la doctrina es unitaria. Hasta ahora no he presentado una descripción real de la doctrina, excepto cuando dije que es sinónimo de contratos, propiedad y responsabilidad civil. Cuando decimos que la doctrina es unitaria, necesaria, rigurosa, lógica, racional y luego consideramos cómo se practica su enseñanza, al principio es muy difícil unir la imagen con la realidad. Un aula que todos identifican como abiertamente doctrinal difiere de un aula periférica solamente en tres cosas.

Primero, esa aula pone más énfasis que la periférica en la memorización de una lista de reglas. Es decir que la cantidad total de unidades de reglas que absorbe el estudiante es mayor. Segundo, el aula doctrinaria dedica más tiempo que el aula periférica a testear las limitaciones verbales de la forma de la regla. El docente propone examinar una regla y luego formula una serie de hipótesis cuyo propósito es demostrar que hay dos lecturas posibles: una ingenua y otra sofisticada.

La lectura ingenua de la regla conducirá al estudiante a aplicarla donde no debe y a no aplicarla donde sí debe hacerlo. La lectura sofisticada, después de examinar las hipótesis, nos lleva a la siguiente conclusión: "Caramba, no pueden querer decir eso. Hay que aplicar las reglas de *esta* manera para que tengan sentido. *Esa* manera de aplicarlas es una locura". Esto se hace a través del método socrático. Ese es el segundo aspecto del aula doctrinaria. La ironía es que la lectura ingenua generalmente termina por ser "formalista" y la lectura sofisticada generalmente termina estando "guiada por las políticas". Basta con observar el contenido intelectual de lo que está ocurriendo para ver que el contraste con el aula periférica resulta ser efímero.

El tercer aspecto es el más importante y complicado, y no obstante el menos explícito. Es difícil de capturar. Un aula doctrinaria bien dirigida ofrecerá una justificación formulaica, una etiqueta, para cada regla, y nunca, excepto por anomalías, rechazará una regla. En un aula doctrinaria bien dirigida, el ochenta por ciento de las reglas vienen con una etiqueta adjunta: "Esta regla es necesaria para la seguridad de la transacción" o "Esta regla es necesaria para garantizar la flexibilidad comercial".

Ahora bien: podríamos pensar que esas dos reglas, con sus justificaciones aparentemente opuestas —cada

una de las cuales es, por supuesto, una "política"—, se contradicen mutuamente. Pero no. Una regla es necesaria para la seguridad de la transacción, la otra garantiza la flexibilidad. Luego están las reglas que son anomalías históricas. "Esta regla es mala porque es una anomalía histórica." Esa es una clase de anomalía. La otra clase de anomalía es la frontera de las políticas. "Hemos terminado el debate duro", dice el profesor. "Ahora nos abocaremos a *esta* regla. Algunos piensan una cosa de ella y otros piensan otra. Su punto de vista es tan bueno como el mío. Vamos a discutirla desde una textura abierta". Esas también son anomalías. Las reglas que están "en el borde" son anómalas y los artefactos históricos son anómalos.

Esa es la estructura del sistema de reglas. Ochenta por ciento de etiquetas de una sola palabra, diez por ciento de anomalías históricas negativas, diez por ciento abierto al debate como derecho del futuro, acerca del cual podemos pensar cualquier cosa que se nos ocurra. Esa estructura es increíble y profundamente legitimadora. No dice que todas las reglas son correctas. Sólo el ochenta por ciento. Hay una razón para cada regla, y las razones pasan delante de nuestros ojos. Uno se acostumbra a tomarlas. Las escribe. Son muy breves. No es necesario analizarlas en profundidad. Una regla jamás se compara con otra, excepto para mostrar que es coherente con ella. Excepto, una vez más, las poquísimas anomalías. El carácter formulaico y conciso de las etiquetas justificadoras de las reglas nos da la sensación de que todo se decidió hace mucho, muchísimo tiempo; todo se resolvió increíblemente bien; todos concuerdan en eso.

Mi argumento es, sencillamente, que esta apariencia de racionalidad es pura ilusión. Estoy haciendo un ataque directo contra la doctrina, tal como se la

enseña. Los docentes dan una falsa impresión de coherencia lógica, no a propósito, sino respondiendo a la tradición de la enseñanza. La enseñanza tradicional provee al docente de una etiqueta para cada regla, y la sucesión de etiquetas da, tanto al docente como a los alumnos, una sensación de necesidad, una sensación de lógica, una sensación de racionalidad en constante despliegue que marca la diferencia entre el núcleo doctrinal y la periferia.

Yo postulo que en realidad hay dos corrientes de doctrina dentro del núcleo doctrinal, que ambas son contradictorias y que todos las conocemos. Lord Denning\* es un símbolo andante del fraccionamiento doctrinario, el espíritu mismo de la contradicción. La única razón por la que nadie piensa que Lord Denning desafía en su conjunto la concepción de la doctrina propia del *Commonwealth* es que es tan cambiante. Lord Denning da la impresión de ser desorganizado, vago e improvisado en vez de teóricamente desafiante. Da muy pocas razones. Por ejemplo, en cierta oportunidad explicó un cambio fundamental en las reglas sobre daños y perjuicios contractuales diciendo que, excepto la suya, todas las otras perspectivas estaban pasadas de moda. Fue lo único que dijo.

Yo diría que la razón por la que alguien como Lord Denning no ofrece un panorama internamente contradictorio de la doctrina es obvia. Como reformador

\* Alfred Thompson Denning (más conocido como Lord Denning) fue un influyente juez británico, que ejerció la magistratura entre 1944 y 1982. Famoso por sus decisiones, a menudo contrarias a la versión aceptada del derecho en su época, que en muchos casos llegaron a incorporarse al *common law*, y por el lenguaje llano y coloquial de sus sentencias.

del derecho, no le interesa presentar la contradicción sistémica como el núcleo del sistema del derecho privado. No quiere deslegitimar el sistema. Quiere cambiarlo preservando su legitimidad. Huelga decir que lo entiende en su totalidad. Su actividad presupone que no hay principios como los que nos enseñan a creer que imperan cuando asistimos a un aula doctrinaria y vemos desfilar las etiquetas una tras otra.

Y Lord Denning tiene razón. Esos principios no existen. En el derecho de los contratos, por ejemplo, existen *dos* principios: hay un concepto de confianza, solidaridad y emprendimiento conjunto, y hay una orientación a la desregulación, a considerar a las partes como iguales y privilegiar las expectativas, que responde al lema "nada de flexibilidad y nada de excusas". Ambos principios pueden desarrollarse con suma coherencia, pero sólo si aceptamos que son incoherentes. Hay quince o veinte doctrinas contractuales que comportan un conflicto. Hay dos lados.

Esto no es algo azaroso. La posición de una persona respecto de un tema nos permite predecir cuál será probablemente (no seguramente) su posición respecto del próximo. Los que están a favor de las excepciones al cumplimiento en el derecho de los contratos también tienden a favorecer la simplificación de los obstáculos durante la etapa precontractual. Quieren que sea más fácil entrar, pero también salir. Se oponen a la conducta de los que dicen: "¿Quién, yo? De qué contrato me habla, yo nunca lo he visto, no sé quién es usted", ignorando un anterior vínculo de confianza. Y también se oponen a los que dicen: "Quiero mi libra de carne". Una idea comunitaria, colectivista, ética y

\* Esta expresión remite a la obra de William Shakespeare *El mercader de Venecia*, en la cual el prestamista Shylock cele-

altruista anima ambas nociones: uno no puede hacerse el desentendido cuando ha firmado un acuerdo, pero tampoco puede exigir la libra de carne. Por otro lado, hay una idea individualista y orientada hacia la autonomía que sostiene que cada uno debe cuidar de sí mismo, una idea antidescuido. Es un poderoso contraideal ético *dentro* de la doctrina.

Esa es la estructura de la doctrina de los contratos, y es típica. La doctrina no es consistente o coherente. Los resultados de estos conflictos forman una trama en lugar de seguir líneas rectas. No hay coherencia en los contratos, en la propiedad o en la responsabilidad civil. A veces un enfoque se abre paso y sus ejércitos llegan hasta cierto punto... pero luego los ejércitos enemigos emprenden el contraataque. Es una batalla entre visiones de mundo contradictorias que están dentro de cada persona y a la vez son encarnadas por los litigantes.

El concepto convencional de doctrina es errado, y cuando reconocemos eso y dividimos la doctrina por la mitad, la distinción entre núcleo y periferia se disuelve. La razón de esto es que la única manera de comprender qué vincula las quince opiniones que Lord Denning sostiene acerca de los contratos con sus otras quince opiniones acerca de la responsabilidad civil es

---

bra un contrato con el comerciante Antonio, que incluye una cláusula según la cual aquel puede tomar una libra de carne del cuerpo de este si la deuda no se salda a tiempo. Cuando esta situación se produce, Shylock reclama el cumplimiento estricto de esa cláusula. En el campo del derecho privado, esta historia funciona como una referencia paradigmática de los excesos a los que puede conducir una literalidad demasiado rígida, que postule la validez de toda cláusula contractual sin atender a ningún tipo de circunstancia social, análisis de consecuencias o evaluación moral.

recurrir a las perspectivas de los estudios interdisciplinarios, el proceso jurídico, el derecho público, las políticas y la enseñanza clínica del derecho. La oposición dentro de la doctrina es simplemente incomprensible e ininteligible si no hacemos referencia a aquellas cosas que supuestamente están en la periferia.

No podemos enseñar las contradicciones de la teoría del derecho privado sin enseñar que existen dos teorías económicas "interdisciplinarias" opuestas, que son teorías del crecimiento económico. Una de ellas enfatiza la absoluta desregulación de todo; la otra urge a la gente a tomar en cuenta las externalidades y por consiguiente conduce a una rápida colectivización de la inversión. Hay dos economías opuestas. El proceso jurídico es exactamente lo mismo. Hay teorías opuestas del proceso jurídico. Una enfatiza la adjudicación de un rol a cada institución y postula que cada institución debe mantenerse en su rol a cualquier precio para que la racionalidad del sistema devenga en racionalidad de partes separadas que hacen lo correcto. Pero hay un concepto opuesto de coordinación de roles, en el que las partes se preparan para compensar las deficiencias mutuas —y efectivamente deben compensarlas— en lugar de continuar haciendo mecánicamente lo que supuestamente debían hacer.

Podríamos realizar un análisis similar de las políticas, el derecho público y la enseñanza clínica del derecho. Lo cierto es que todos están internamente divididos. Cada uno puede considerarse un *espacio* de conflicto. Esto significa que la impresión de libertad, subjetividad, textura abierta, ligereza o arbitrariedad —todas ellas caracterizaciones de la periferia— también es falsa. El núcleo doctrinal no es unitario y la periferia no es difusa. Poseen la misma estructura esencialmente dualista: la estructura de la contradicción.

En este panorama no hay unidad ni caos; sólo contradicción violenta. No hay principios jurídicos unificadores globales que diferencien el razonamiento jurídico de otras clases de razonamiento y le otorguen a la materia una necesidad interna. No hay nada de eso. Por otro lado, el razonamiento jurídico no es el reino del caos. Hay un profundo nivel de orden y estructura en las oposiciones entre las concepciones de la doctrina y de las políticas y de todo lo demás. La tarea de la enseñanza doctrinaria, durante el primer año de la carrera, es hacer accesibles a los estudiantes estas estructuras subyacentes, y al mismo tiempo confrontarlos con la ineludible necesidad de elegir por sí mismos cómo resolver las contradicciones que se presentan en sus propias vidas.